

# **CONVOCATORIA ESPECIAL SOBRE JUSTICIA TRANSICIONAL**

## APORTES DEL JUZGAMIENTO EN ARGENTINA AL CAMPO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL: LAS INTERPRETACIONES SOBRE LA CALIFICACIÓN DE GENOCIDIO\*

VALERIA THUS Y MALENA SILVEYRA\*\*

**Resumen:** Las cuatro décadas desde la finalización de la dictadura militar en la Argentina han sido ricas en la construcción de distintas estrategias sobre cómo lidiar con los crímenes de Estado. En este artículo se desarrolla, en particular, el debate abierto respecto a la calificación jurídica de genocidio que se desarrolla en los tribunales nacionales desde la reapertura de las causas en 2006 a partir de un análisis de las argumentaciones desarrolladas por los Tribunales Federales y por la Cámara de Casación sobre el Juicio Fuerza de Tarea 5 del TOF 1 de La Plata de diciembre de 2021.

**Palabras clave:** justicia transicional — crímenes de estado — genocidio — crímenes de lesa humanidad — negacionismo

\* Recepción del original: 21/06/2023. Aceptación: 24/08/2023.

\*\* Valeria Thus es abogada (diploma de honor) de la Facultad de Derecho — UBA, doctora en Derecho Penal (2018) y magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (2015) — UBA. Docente del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho. Investigadora del Grupo de Estudios Críticos en Política, Derecho y Sociedad (PoDeS) — IIGG — GIOJA. Coordina el Programa “Justicia y Memoria” y el seminario “Las/os estudiantes vamos a los juicios” dependientes de la Secretaría de Extensión Universitaria de la Facultad de Derecho. Representante Titular por la UBA ante la Red Interuniversitaria de Derechos Humanos y la Red Interuniversitaria sobre Género del CIN. Malena Silveyra es Licenciada en Sociología de la Facultad de Ciencias Sociales — UBA y Doctora en Ciencias Sociales (UBA). Coordina el Observatorio de Crímenes de Estado de la Facultad de Ciencias Sociales (UBA). Es investigadora del Centro de Estudios sobre Genocidio (UNTREF). Coordina junto a Valeria Thus el seminario “Las/os estudiantes vamos a los juicios” de la Secretaría de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil de la Facultad de Derecho de la UBA. Es representante alterna por la UBA ante la Red Interuniversitaria de Derechos Humanos del CIN.

**Abstract:** The four decades since the end of the military dictatorship in Argentina have been rich in the construction of different strategies for what to do after State crimes were committed. This article develops, in particular, the open debate on the legal qualification of genocide that had developed in the national courts since the reopening of the cases in 2006 from an analysis of the arguments developed by the federal courts and by the Chamber of Cassation on the Trial Task Force 5 of the TOF 1 of La Plata in December 2021.

**Keywords:** transitional justice — state crimes — genocide — crimes against humanity — denialism

## I. INTRODUCCIÓN

El 10 de diciembre de 2023 se cumplirán cuarenta años desde que finalizó la última dictadura militar en la Argentina. La campaña electoral de 1983 y los primeros momentos del gobierno de Raúl Alfonsín estarían fuertemente atravesados por el debate sobre cómo lidiar con los crímenes cometidos por las Fuerzas Armadas en los siete años que habían ocupado ilegal e ilegítimamente el gobierno nacional.

Si bien la dictadura militar en la Argentina se ubica dentro de un proceso regional enmarcado en la Doctrina de Seguridad Nacional estadounidense, la transición adquirió características singulares: por un lado, por el desenlace abrupto<sup>1</sup> del gobierno de facto y, por el otro, por características de la resistencia y denuncias a la dictadura desplegadas por las organizaciones de derechos humanos.

Desde aquellos primeros años de democracia, los organismos de derechos humanos y los abogados que militaban en ellos se dieron a la tarea de pensar, criticar y reinventar los modelos de justicia existentes en función de las características de la escena local. Así, nutridos de los debates surgidos en torno a procesos genocidas en otras latitudes (como los casos de los genocidios armenio y nazi), y de las propias experiencias locales de décadas anteriores, el devenir del proceso fue adquiriendo un color propio y singular.

1. PORTANTIERO & NUN, “Ensayos sobre la transición democrática en Argentina”; O’DONNELL, “Transiciones, continuidades y algunas paradojas”.

En estas cuatro décadas, la Argentina ha pasado por tres etapas con estrategias distintas: en un primer momento se conformó una comisión investigadora y se avanzó en la realización de juicios a los responsables principales de los delitos cometidos (Juicio a las Juntas Militares, Causa 13/85 y Juicio al circuito Camps, Causa 44/86); en una segunda etapa, cerrada la posibilidad de juicios penales se avanzó en juicios en el exterior y juicios por la verdad en la Argentina y, por último, en una tercera etapa que aún se encuentra en desarrollo, se reabrieron las causas en los tribunales federales de todo el país entendiendo que los delitos constituyen delitos de lesa humanidad.

Este recorrido ha posibilitado el aumento de producciones y reflexiones teórico-políticas respecto de los crímenes de Estado que, sin duda, se constituyen en un aporte a los campos de estudios, más allá del caso particular.

Si bien los distintos campos de estudios que se han dedicado a los crímenes de Estado surgieron en Estados Unidos y Europa una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial y con el objetivo de comprender los crímenes del nazismo y prevenir el surgimiento de procesos similares, rápidamente se extenderían hacia otras regiones del mundo en el afán de abordar otros procesos de crímenes de Estado.

Las características propias del surgimiento del campo de estudios hicieron que este se ubicara en una intersección desafiante política e intelectualmente entre el activismo y la academia, y entre distintas disciplinas de las ciencias sociales y el ejercicio del derecho. La creación de las Naciones Unidas en 1945, así como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio de 1948 pusieron en el escenario internacional la obligación de los Estados de responder no solo frente a sus propios ciudadanos (y víctimas directas), sino ante la comunidad internacional.<sup>2</sup>

En el caso de la Argentina, a partir de la finalización de la última dictadura militar (1983) comenzó un largo proceso en el intento de juzgar a los responsables de los crímenes perpetrados por el Estado desde mediados de la década de los 70. La existencia de organizaciones que habían sido parte de las experiencias anteriores en la búsqueda de justicia partir de

2. SENESE, "Memoria y justicia. La sanción internacional de la violencia".

la solidaridad internacional<sup>3</sup> facilitaron que esa intersección se produjera muy tempranamente, aún en dictadura, y que dieran como resultado los pedidos de *habeas corpus* sobre las personas desaparecidas, las denuncias en el exterior en distintos organismos internacionales y que, más tarde, se condensarían en el reclamo por el juicio a los responsables.

Pero sería recién en las últimas décadas, con la toma de conciencia de que la criminalidad de los Estados posee mayor capacidad para producir daño social que la sumatoria de los delitos "comunes" que los componen, que un número importante de académicos de América Latina consagrarían sus esfuerzos al estudio de estas preocupaciones. Entre sus principales aportes, se encuentran el de plantear la necesidad de una drástica revisión epistemológica de la criminología, la incorporación de los genocidios periféricos, la urgencia en profundizar los estudios referentes a la prevención de los genocidios, y haber construido un enfoque más abarcativo respecto de sus consecuencias incorporando los procesos de negación y reparación legal. Esta mirada, permite establecer un puente que va desde la criminología al derecho penal (a la inversa de la mirada tradicional), como ciencia autónoma y externa, y desde allí aportar al diseño de políticas públicas normativas (leyes y sentencias).

La llegada del campo de estudios a la Argentina adquirió así un color particularísimo, gracias a las reflexiones acumuladas internacionalmente que se pusieron en diálogo con la experiencia local.<sup>4</sup>

3. En particular de lo que se conoció como Socorro Rojo Internacional, organización de solidaridad con los republicanos españoles durante la Guerra Civil que en el caso de la Argentina continuó su actividad en la defensa de los presos políticos, constituyéndose en 1937 como la Liga Argentina por los Derechos del Hombre, organización que continúa vigente y que impulsó la conformación de otras organizaciones de características similares, como la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos y las primeras organizaciones de familiares.

4. La lucha de los organismos de derechos humanos y la articulación con el proceso de juzgamiento ha sido abordado por diversos autores. En lo que refiere a los primeros años luego de finalización de la dictadura y el desarrollo de los primeros procesos judiciales, se destacan el trabajo de NINO, *Juicio al mal absoluto*, 2006, el de VERBITSKY, *Civiles y militares: memoria secreta de la transición*, 1987, y el de CRENZEL, *La Historia Política Del Nunca Más*, 2008. Orientados al análisis de la lucha de los organismos de derechos humanos en la Argentina se destacan los trabajos de CATELA DA SILVA, *No habrá flores en la tumba del pasado. La experiencia de reconstrucción del mundo de los familiares de desaparecidos*, 2001, el de GORINI, *La rebelión de las madres: Historia de la Madres de Plaza de Mayo*, Tomos 1 y 2, 2006, y el de ALONSO, "Que digan donde están". *Una historia de los Derechos Humanos en la Argen-*

El caso argentino, en esta interacción o puente entre, por un lado, los aportes de la criminología crítica del sur y la implementación de políticas estatales (de juzgamiento de los crímenes de Estado, educación en derechos humanos, proyectos de ley), y por otro, las producciones locales preexistentes surgidas de la intersección entre derecho, ciencias sociales y activismo; ha incorporado al campo de estudios internacional ejes de discusión que permiten ensanchar el horizonte epistemológico de la criminología del genocidio.

En efecto, se ha caracterizado por: 1) ampliar el universo de casos de estudio de genocidios al escenario global incorporando el genocidio de los pueblos originarios; 2) disputar en el escenario doctrinario y judicial la calificación legal como genocidio de los crímenes cometidos por la última dictadura militar y 3) abordar el estudio de las consecuencias del genocidio, las particularidades del negacionismo en el caso argentino (la negación de la cantidad de víctimas, la teoría de los dos demonios o violencia mutua, entre otros aspectos).

## II. CRIMINOLOGÍA CRÍTICA: APORTES DESDE EL SUR

En el último siglo la criminología sufrió innumerables revisiones y transformaciones en su objeto de estudio, sin que sea posible afirmar de manera enfática un consenso entre los diferentes enfoques que la integran sino, más bien, su amplia fragmentación. Al convertir a la criminología del siglo XXI en una suerte de torre de Babel, por donde circulan toda clase de teorías contradictorias y multidimensionales, siempre bajo el paraguas de una disciplina aparentemente común, por lo cual resulta más apropiado hablar de criminologías en plural.

Pero, si algo han tenido en común las distintas corrientes criminológicas, desde Lombroso hasta finales del siglo XX, es la completa omisión de la disciplina frente a la perpetración de genocidios, crímenes contra la humanidad y las diversas violaciones a los derechos humanos desplegados por los Estados, sobre todo en el último siglo. En efecto, la ciencia que estaba destinada al estudio del delito y el delincuente no pudo, no supo o

---

tina, 2022, Buenos Aires. Así también, nosotras hemos trabajado en extenso el proceso de juzgamiento en sus distintos períodos: THUS, *Juicios de lesa humanidad en Argentina: el rol del movimiento de derechos humanos en la construcción de la Memoria y la Verdad*; SILVEYRA y THUS (compiladoras), *Juzgar los crímenes de Estados...*, pp. 61-84; SILVEYRA, Malena, "Estado vs. Estado: 35 años de juzgamiento del genocidio argentino", pp. 42-62.

no quiso explicar los crímenes de Estado de los últimos cien años. En un siglo donde estos procesos lejos de ser la excepción parecen constituir la regla, la corriente dominante de la criminología parece haber habitado otro mundo y no pudo encontrar espacio en sus textos para estos eventos.

En palabras de Eugenio Zaffaroni, no quedan dudas de que:

“[...] la criminología de Garófalo no pasa de ser un manual sintético de técnicas de neutralización para crímenes de Estado, de que la construcción del concepto de vidas sin valor de vidas de Karl Binding fue un elemento de neutralización en el exterminio de enfermos terminales y mentales del nazismo, [...] o de que la elaboración del concepto de extraños a la comunidad del catedrático de Munich [Mezger] era una técnica de neutralización de las masacres de los campos de concentración”.<sup>5</sup>

Recién en las últimas décadas la toma de conciencia de que la criminalidad de los Estados y las violaciones de los derechos humanos tienen mayor capacidad para producir daño social que los delitos comunes, hizo que un número importante de académicos de Europa (principalmente de habla inglesa) y América Latina consagraran sus esfuerzos al estudio de estas preocupaciones dentro de la cuestión criminal.

La nueva criminología o “criminologías”, en tanto profusa fragmentación de su objeto de estudio, también denominada criminología preventiva de masacres o cautelares, surge como tendencia contestataria frente a la de corte tradicional liberal abocada a los daños causados por los delitos individuales. Su principal preocupación se ha concentrado en tomar como punto de partida la mirada de la víctima y se ha nutrido de los Estudios sobre Genocidio<sup>6</sup> para reclamar la necesidad de plantear una drástica revisión epistemológica.

5. ZAFFARONI, “Presentación en MORRISON, *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*”, pp. 9-24.

6. El aporte de estos estudios es fundamental para identificar los problemas de la definición del delito de genocidio, el nexo entre el Estado y las políticas genocidas, conocer el rol de las ideologías en la comisión de actos genocidas, las técnicas de neutralización, así como también en la necesidad de abordar el análisis de las consecuencias de aquellas prácticas en las sociedades posgenocidas.

Andrew Woolford se ha encargado de cuestionar el rol de la criminología del genocidio que, en su opinión, ha reproducido casi mecánicamente los discursos de la primera generación de académicos del campo de estudios, imposibilitando una lectura crítica y situada de los procesos sociales. Según el autor, esto produjo la repetición de los problemas de la primera generación: comparaciones ambiciosas, legalismo estrecho y la falta de comprensión de los genocidios como procesos.

Por el contrario, el autor subraya la importancia de una segunda generación de trabajos en este campo, que ha sido ampliamente ignorada por los criminólogos y que permitiría a la criminología del genocidio superar algunas de sus limitaciones disciplinarias.

Así ha sostenido que:

“La criminología del genocidio, particularmente aquella que emergió en los Estados Unidos, es pasible de recibir las mismas críticas que han sido realizadas contra la primera generación de estudios sobre el genocidio. Aunque muchos criminólogos se están moviendo más allá de la investigación amplia, basada en fuentes secundarias, sobre el genocidio el énfasis sigue siendo colocado mayormente en estudios de casos canónicos del Holocausto, de carácter sincrónico más que diacrónico o procesual acerca de la materia y a partir de una concepción estrecha, legalista, del concepto de genocidio”.<sup>7</sup>

7. WOOLFORD, “La nueva generación: criminología, estudios sobre el genocidio y colonialismo de los colonos”, p. 143. En la misma línea, Hinton considera que, si bien tradicionalmente los estudios de genocidio se abocan al estudio de la prevención de estos, un enfoque más comprensivo de aquellos debería centrarse en las secuelas –lo que claramente concierne a la negación y la reparación (legal)–. La perspectiva antropológica de los estudios de genocidio explora asimismo los entendimientos locales y las prácticas sociales que afianzan el sistema de derechos humanos (al incluir la justicia transicional y los mecanismos ante los tribunales). Hinton propone contextualizar las categorías sociolegales preexistentes de modo que los estudios críticos de genocidio nos ayuden a comprender la cada vez más variada cantidad de situaciones y/o casos de genocidio: genocidio cultural, genocidio cometido por agentes no estatales, genocidio político, económico, social y de otros grupos constituidos en contextos históricos y sociales específicos. También incorpora los genocidios olvidados, clasificando las distintas modalidades en: prototípico (Holocausto), del siglo XX (Armenia, Camboya, Ruanda, Bosnia), del segundo círculo (Guatemala), periféricos (Argentina). Así como también incorpora las modalidades de colonialismo (conquistas, sociedades colonizadoras), es decir, aborda la relación entre genocidio y moderni-

Para Woolford, el campo de los estudios críticos sobre genocidio (Hinton, Powell, entre otros) está creciendo, al colocar el énfasis no solo en el estudio del núcleo de los estudios de genocidios (es decir, del Holocausto y Ruanda), sino también en aquellos casos frecuentemente mantenidos en la periferia del campo (como es el caso de Argentina o los diversos genocidios indígenas).<sup>8</sup> Por ello, su mayor preocupación es tratar de provocar a los criminólogos para que ingresen a la conversación con la segunda generación de investigadores sobre genocidio: con enfoques críticos (Hinton, Powell, Verdeja), coloniales o de los colonos (Moses) y descolonizadores (Woolford).

Resalta, entonces, que esta segunda generación de trabajos en este campo —estudios críticos sobre genocidio— permite superar algunas de las limitaciones disciplinarias y un enfoque más comprensivo de aquellos debería centrarse en las secuelas —lo que claramente concierne a la negación y la reparación (legal) —. En este sentido, sostiene que la perspectiva antropológica aporta la exploración de los entendimientos locales y las prácticas sociales que afianzan el sistema de derechos humanos (al incluir la justicia transicional y los mecanismos ante los tribunales).

Desde los estudios críticos sobre genocidio es que venimos a señalar los aportes desde el sur. En América Latina, se destacan como estudios pioneros, los aportes de Del Olmo, Aniyar de Castro, Bergalli, Zaffaroni,

---

dad. (Véase: HINTON, "Critical Genocide Studies", en *Genocide Studies and Prevention: an International Journal*, vol. 7, N° 1, Article 3, 2012).

8. Hinton ha analizado en detalle la evolución de los estudios de genocidio al proponer una deconstrucción crítica de aquellos. Explica las distintas etapas de los estudios de genocidio: una primera generación pionera en estos estudios más caracterizados por el prototipo de académico activista (y toma como referencia la figura de Raphael Lemkin). Esta primera generación de estudios se encuentra metodológicamente ligada con otra disciplina —los estudios sobre el Holocausto— clausurándose en la década del 70-80 la posibilidad de estudios comparativos de los genocidios bajo el paraguas de la teoría de la *uniqueness*. Un segundo momento que Hinton considera más interesante es aquel en donde se ponen en debate los estudios de genocidio con los estudios sobre el Holocausto e incluso se comienzan a explorar otras disciplinas: estudios indígenas, estudios culturales, semiótica y teoría crítica. Disciplinas que permitieron conferirle un nuevo abordaje y comprensión, a la vez de permitir repensar las categorías existentes en la materia. Un tercer abordaje a los estudios críticos de genocidio que propone proviene de los académicos estadounidenses y de América Latina (principalmente Feierstein) que, en su opinión, están cuestionando los límites de la disciplina con una perspectiva regional, que logran cuestionar las posibles asunciones etnocéntricas (europeas) y descubren nuevas maneras de visualizar el campo.

entre otros, quienes desde diferentes enfoques denunciaron los abusos de las dictaduras latinoamericanas impulsando el respeto a los derechos humanos como freno de la violencia punitiva.

Sin embargo, continúa siendo una controversia si estas criminologías del sur tienen autonomía o las mismas se han configurado como consecuencia de procesos de traducción, traslación e importación cultural desde los países centrales.<sup>9</sup> Pero incluso asumiendo el origen importado de estos nuevos enfoques criminológicos, nos interesa resaltar que el carácter distintivo que tienen sus aportes se relaciona con una alianza permanente con los activismos de derechos humanos en la región.

La criminología del genocidio en nuestro país se nutre de los aportes de la criminología crítica —cautelar— (Zaffaroni),<sup>10</sup> de los colonos (Nagy)<sup>11</sup> y descolonizadora (Alagia).<sup>12</sup> Asimismo, se ha interesado con especial énfasis en las secuelas —realización simbólica y negacionismo— (Feierstein; Crocco; Thus; Silveyra) “Argentina”, “genre”: “Tesis de Doctorado en Ciencias Sociales”, “publisher”: “Universidad de Buenos Aires”, “publisher-place”: “Buenos Aires, Argentina”, “title”: “Legitimidad, impunidad y justicia. La prensa escrita y el proceso de juzgamiento por crímenes de Estado en Argentina (2001-2019).<sup>13</sup>

9. Para Bailone, fue la traducción al español del libro *Estados de negación, ensayos sobre atrocidades y sufrimiento* de Stanley Cohen (2005) y el libro *Criminología, civilización y nuevo orden mundial* de Wayne Morrison (2006), los que traen a nuestra región la problemática del estudio del genocidio como delito estatalmente organizado. Estos autores influyen el texto de Zaffaroni titulado *¿Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad?* (2009) junto a John Hagan, que desde la criminología anglosajona había estudiado el genocidio en Darfur. (ZAFFARONI, Eugenio R., *Crímenes de masa*). Comienza de esta forma una operación ya conocida para la criminología latinoamericana: la de la tradición de los procesos de traducción, traslación e importación cultural desde los países centrales (BAILONE, Matías, “Los fundamentos de la pena en los ‘crímenes de Estado’: el poder (auto) punitivo legitimado por la criminología crítica”). Sozzo, entiende que esta fue la práctica de recepción en el contexto del positivismo criminológico de finales del siglo XIX, y también fue utilizada, con matices latinoamericanos de liberación, en la nueva criminología de los años setenta. SOZZO, “Traduttore, traditore, traducción, importación cultural e historia del presente de la criminología en América Latina”.

10. ZAFFARONI, *Criminología: Aproximación desde un margen* y *La palabra de los muertos*.

11. DELRIO & LENTON & MUSANTE y otros, “Discussing Indigenous Genocide in Argentina: Past, Present, and Consequences of Argentinean State Policies toward Native Peoples”.

12. ALAGIA, *Hacer sufrir. Imágenes del hombre y la sociedad en el derecho penal*.

13. CROCCO, *Legitimidad, impunidad y justicia. La prensa escrita y el proceso de juzgamiento por crímenes de Estado en Argentina*; FEIERSTEIN, *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina, Memorias y representaciones. Sobre la*

En el caso de Zaffaroni, podemos articular su pensamiento en tres etapas: en primer lugar, con su obra *Crímenes de Masa* (2010) donde el autor distingue los conceptos de genocidio y masacre. En razón de los límites normativos del concepto genocidio, opta por el uso del término masacre. En segundo lugar, en *La Palabra de los Muertos* (2011), profundiza la noción de criminología cautelar con la que pretende producir un cambio epistemológico considerando aquellos delitos que la criminología nunca tuvo en cuenta como son los delitos cometidos por el Estado. En *La cuestión criminal* (2012), afirma que todos los genocidios del siglo XX fueron cometidos por poderes punitivos, incluso los practicados por fuerzas armadas, pues cuando lo hicieron no fue en función bélica sino punitiva. Puntualmente sostiene que, en las dictaduras del Cono Sur, la mayoría fueron crímenes cometidos por policías o el ejército en función policial; en consecuencia, estamos frente a una masacre de Estado que saca ventaja de su poder ante alguien que está en una situación de vulnerabilidad absoluta.

Más recientemente y a partir de la creación de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (ALPEC) en 2011, se ha interesado por la categoría de genocidio por goteo, al sostener que se abren otras vías para la masacre expiatoria, siendo un hecho inequívoco el incremento extraordinario, racializado, de la muerte violenta y la prisonización en el continente a partir de la década de los 90 y asociado a la guerra punitiva a las drogas.

Por su parte, Alejandro Alagia analiza los puntos en común entre la masacre estatal y la pena pública, denunciando la doble naturaleza del genocidio: como delito y castigo, al referirse a las normas públicas y secretas de exterminio y al uso de la expresión delincuente para el enemigo subversivo en el caso argentino. En su opinión, nunca una masacre estatal está del todo fuera del derecho como tampoco la violencia legítima es del todo ajena a la crueldad.<sup>14</sup>

Pero, sin duda, quien ha abierto el campo de estudios como tal en la Argentina es el sociólogo Daniel Feierstein. Ya desde fines de la década de los 80 comenzó sus investigaciones sobre el genocidio perpetrado por el nazismo. Su lectura de Lemkin desde la sociología lo llevó a comprender

---

*elaboración del genocidio y Los dos demonios* (recargados); SILVEYRA, *Disputas de sentido sobre el proceso genocida argentino en las sentencias judiciales (2006-2019)* y THUS, *Negacionismo y derecho penal: El rol del derecho frente a las negaciones de los crímenes de Estado*.

14. ALAGIA, *Hacer sufrir. Imágenes del hombre y la sociedad en el derecho penal*.

el genocidio como una práctica social, es decir, como un proceso dinámico en el que intervienen distintos actores. Identificado por distintos autores como parte de la corriente de estudios críticos sobre genocidio, Feierstein propone la posibilidad de comparación de distintos casos nacionales para lo que construye una periodización modélica que da cuenta de la sucesión escalonada de elementos que se articulan en este proceso desde la construcción de condiciones de posibilidad del aniquilamiento hasta la transformación identitaria de la sociedad sobreviviente.

En sus décadas de trabajo sobre la temática, Feierstein se ha ocupado particularmente de proponer estudios que rebasen las fronteras disciplinares incorporando al análisis sociológico, elementos de las neurociencias y la psicología, el derecho y la filosofía.<sup>15</sup> En lo que refiere a la articulación con el ejercicio del derecho, se destacan sus aportes críticos de la CONUG, así como su colaboración en la construcción de la original interpretación para el caso argentino adoptada por el juez Baltazar Garzón y, posteriormente, por un número significativo de tribunales nacionales.

En el apartado que sigue, entonces, nos dedicaremos a profundizar sobre los aportes de los estudios críticos sobre genocidio en el debate sobre la calificación de genocidio para el caso argentino, que se desarrolla en los tribunales a partir de la reapertura en 2006, dando cuenta, además, como adelantamos en la introducción, de las intersecciones y los diálogos entre derecho, ciencias sociales y activismo.

### III. EL DEBATE SOBRE LA CALIFICACIÓN DE GENOCIDIO EN EL CASO ARGENTINO

El carácter genocida de la dictadura militar fue denunciado por el movimiento popular desde antes de que finalizara la dictadura militar. Durante la lucha contra la impunidad,<sup>16</sup> se afianzó la analogía con el genocidio nazi

15. FEIERSTEIN, *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina, Memorias y representaciones. Sobre la elaboración del genocidio I y Los dos demonios (recargados)*.

16. Los primeros juicios en la Argentina se realizaron a poco de la finalización de la dictadura militar (Causa 13/85 y Causa 44/86). Sin embargo, la situación política de inestabilidad y la disputa entre distintos actores derivó en la promulgación de dos leyes: 1) Ley de Punto Final (1986) que limitaba el plazo de presentación y procesamiento de denuncias y

que había comenzado en la década de los 80, espejando ya no solo los procesos represivos en ambos casos, sino también la búsqueda de justicia para todos los responsables.

Una vez anuladas las leyes que impedían el juzgamiento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación falló respecto de la imprescriptibilidad de los delitos, calificándolos como delitos de lesa humanidad de acuerdo con lo estipulado por la Corte Penal Internacional en el tratado conocido como "Estatuto de Roma", que los define como un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque.<sup>17</sup>

Por consiguiente, todos los juicios de esta nueva etapa parten de considerar a los ilícitos juzgados como delitos de lesa humanidad. Sin embargo, desde las primeras causas, ¡un conjunto de organizaciones que conformaron la querrela Justicia Ya! comenzaron a solicitar se calificara como genocidio. Mientras que el TOF 5 de CABA rechazó el pedido en la Causa Simón (04/08/2006), el TOF 1 de La Plata aceptaría incluir la calificación en la Causa Etchecolatz.

Independientemente de cómo se resuelva el debate en cada caso, el hecho de que más del 50% de las sentencias distribuidas en 17 provincias del país se haya realizado, muestra el peso que los argumentos han adquirido con el paso del tiempo.<sup>18</sup>

### **III.B. Los argumentos en disputa respecto a la calificación jurídica de genocidio**

Partiendo de la base de que todas las causas en trámite traen consigo la calificación de la lesa humanidad, como se ha explicado anteriormente, el debate surge cuando se solicita que se incorpore la calificación de genocidio (ya sea mediante el pedido de cambio de calificación o de la articulación de ambas). De este modo, el debate se estructura en torno a la posibilidad y pertinencia de utilizar dicha figura del derecho internacional para el caso argentino.

Los fundamentos en contrario pueden ordenarse en tres núcleos argumentales: a) el respeto al principio de congruencia, b) la falta de tipifica-

---

2) Ley de Obediencia Debida (1987) que impedía la persecución penal a quienes se habían desempeñado en el cumplimiento de órdenes. Luego, en 1989 y 1990, se firmaron los decretos de indulto.

17. Naciones Unidas, ACONF183/9, 17/07/1998, p. 5.

18. FEIERSTEIN & SILVEYRA, "Genocidio o crímenes de lesa humanidad...".

ción del delito de genocidio en el derecho interno y c) la definición de cuál sería el grupo atacado para el caso argentino.

Si bien los tres núcleos se encuentran presentes en todo el proceso, la recurrencia ha ido variando con el avance del debate. Mientras que los dos primeros argumentos aparecían con frecuencia en los primeros años desde la reapertura, a medida que fue pasando el tiempo, tendió a concentrarse en el debate respecto del grupo atacado, y al mismo tiempo, aumentó el número de tribunales que rechaza la calificación sin extenderse en la argumentación particular.<sup>19</sup>

A continuación, se desarrollan los tres argumentos de modo sucinto.

### *III.B 1) Principio de congruencia*

En las sentencias que rechazan la calificación se encuentra presente el núcleo argumental que sostiene que hacerlo implicaría la violación del principio de congruencia. Dicho principio estipula que debe existir una congruencia entre la pretensión (imputación), el objeto procesal (debate oral) y la resolución judicial (sentencia), por lo que, al solicitar la calificación en el alegato, no habiendo sido los imputados indagados durante el debate sobre ese delito, se estaría violando el mencionado principio.

“Al respecto, adelantamos que no tendrán acogida favorable tales solicitudes, en virtud de que, de aceptarla, nos encontraríamos ante una clara violación al principio de congruencia y, como correlato, a una vulneración al derecho de defensa en juicio. Ello, sin perjuicio de que, incluso en oportunidad de requerir la elevación a juicio en virtud de lo normado en el art. 347 del CPPN, la querella encabezada por el Dr. Yanzón solicitó la elevación en iguales términos por los que en el marco del debate acusó a los imputados. En efecto, entendemos que las solicitudes introducidas por las querellas mencionadas no se tratan sólo de un cambio en la calificación legal, sino que alteran la plataforma

19. Para profundizar sobre esta distribución puede consultarse SILVEYRA, Malena, *Disputas de sentido sobre el proceso genocida argentino en las sentencias judiciales (2006-2019)*, Tesis de Doctorado, Universidad de Buenos Aires, 2022.

fáctica por la cual Ruffo, Guglielminetti, Martínez Ruiz y Cabanillas fueron oportunamente indagados y traídos a juicio".<sup>20</sup>

Sin embargo, quienes sostienen que el cambio de la calificación no vulnera el principio de congruencia, hacen notar que el genocidio no es solo un delito, sino que refiere a un género de delitos,<sup>21</sup> es decir, a un conjunto de delitos que se comenten como parte de un proceso genocida. De este modo, las imputaciones realizadas son por los delitos que, en este contexto histórico particular, constituyen un genocidio (homicidios, desapariciones forzadas, torturas, violaciones, etc.) y no por el genocidio en sí mismo. Este es el caso del TOF de Jujuy en la Causa Vargas que sostiene que:

"Asimismo, los cambios de calificación en los requerimientos cuestionados no infringieron el principio de congruencia porque la plataforma fáctica por la que fueran indagados y procesados los imputados coincide con la explicitada por el agente fiscal y la querrela del CODESEDH en los respectivos requerimientos de elevación a juicio. No varió en ninguno de los actos procesales intermedios. Desde el primer momento en que aquellos fueron indagados hasta la elevación de la causa a juicio, los hechos siempre fueron los mismos: la presunta participación en las privaciones ilegítimas de la libertad, tormentos y homicidios de las víctimas".<sup>22</sup>

Complementariamente a este argumento, los tribunales que aceptan el cambio de calificación interpretan que el cambio de calificación legal es una potestad que tienen los tribunales en función de lo que estipula el Art. 401 del Código Procesal Penal de la Nación, permitiéndolo incluso aunque este cambio acarreará penas más altas para los condenados.

Con el tiempo este debate se fue saldando y cada vez menos tribunales lo sostienen, ya sea porque la calificación se incorporó en las instancias

20. TOF N° 1 de la Capital Federal, "Automotores Orletti", p. 1245.

2121. FERREIRA, "El genocidio y su caracterización como 'eliminación parcial de grupo nacional'".

22. TOF Federal de Jujuy, "Vargas, Antonio Orlando y otros s/ privación ilegal de libertad...", pp. 52-53.

previas al juicio oral (al momento de las imputaciones) o por invocación del art. 401 del CPPN.

Pero vale la pena señalar que más allá de los argumentos que refutan la cuestión de fondo, existen tribunales que compartiendo este criterio, de todos modos, aceptan el cambio de calificación.

Este es el caso del TOF 1 de La Plata que, en la primera causa a su cargo, sostuvo la necesidad de mantener todos los tipos penales por los que se había indagado, procesado y requerido a los imputados para no poner en riesgo el tipo penal pero, al mismo tiempo, la necesidad de “llamar a las cosas por su nombre” e incorporar la calificación de genocidio. Para resolver estos intereses contradictorios, el tribunal decide calificar los delitos como de “lesa humanidad en el marco del genocidio perpetrado en la Argentina entre 1976 y 1986” considerando que:

“La vigencia de la Convención en la materia está fuera de toda discusión, como también lo está la del resto de las Convenciones sobre Derechos Humanos contenidas en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Considerar de ese modo –genocidio– y bajo ese trascendente paraguas legal las causas en trámite permitirá a mi entender ubicar los hechos investigados en el contexto adecuado, cumpliendo de ese modo la obligación contenida en el célebre fallo Velázquez Rodríguez en cuanto a investigar con seriedad y no como una simple formalidad. Todo ello es parte también de la reconstrucción de la memoria colectiva, y permitirá construir un futuro basado en el conocimiento de la verdad, piedra fundamental para evitar nuevas matanzas”.<sup>23</sup>

La fórmula construida en esa primera sentencia por el Tribunal Oral Federal N°1 de La Plata que considera al genocidio como “el marco” en el que se comenten los delitos, ha tenido una importante pregnancia en todo el proceso de juzgamiento.

23. TOF N°1 de La Plata, “Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/ homicidio calificado”, p. 96.

### *III.B 2) Delitos tipificados en el Código Penal Argentino*

Otro de los argumentos que ha estado presente a la hora de rechazar el cambio de calificación refiere a la ausencia de la tipificación del delito de genocidio en el Código Penal vigente al momento de los hechos. Efectivamente, la República Argentina, a pesar de haber firmado la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio en 1956, aún no lo ha incorporado al derecho interno. Esta falta del Código Penal aparece como impedimento en las sentencias en las que se rechaza la calificación.

A continuación, se reproducen algunos de sus argumentos a modo de ejemplo:

“Que, en consecuencia, ante la orfandad, de una legislación que contemple el tema que se estudia, esa omisión legislativa no posibilita que los jueces puedan crear figuras penales ni aplicar por analogía sanciones previstas para otros delitos. De proceder de esta forma se estaría infringiendo gravemente el principio de legalidad y la esencia misma del sistema republicano de gobierno que el país ha materializado desde su independencia, constitutivo de la división de poderes, invadiendo esferas exclusivas del Poder Legislativo”.<sup>24</sup>

Al igual que en el caso anterior, esta falta del derecho interno, no es solamente percibida por los tribunales que rechazan la calificación de genocidio. Un conjunto de tribunales frente a esta dificultad opta por utilizar la formulación del TOF1 de La Plata, calificando los hechos “en el marco de genocidio”.

Pero, por otro lado, y siguiendo la línea argumental utilizada con la cuestión de la congruencia, hay quienes no coinciden en que exista un problema por la falta de tipificación del delito en el Código Penal.<sup>25</sup> Si se entiende que los delitos por los que se requiere, imputa y juzga son

24. TOF de La Pampa, “IRIAR Fabio Carlos – GREPPI, Néstor Omar – CONSTANTINO, Roberto Esteban – FIORUCCI, Roberto Oscar – AGUILERA, Omar – CENIZO, Néstor Bonifacio – REINHART, Carlos Alberto – YORIO, Oscar – RETA, Athos – MARENCHINO, Hugo Roberto s/Inf.art.144 bis, inc.1º y último párr., Ley 14616, en fcción. Art. 142, inc. 1º -Ley 20642 del CP en...”, p. 455.

25. LOZADA, *Sobre el genocidio: el crimen fundamental*.

los delitos particulares (homicidios, torturas, desapariciones forzadas, etc.) cometidos contra sujetos concretos, y que el genocidio es el género de ese conjunto de delitos, entonces, la falta de tipificación no conlleva un problema a la hora de emitir la sentencia ya que los montos de las condenas se basan en las asignadas a esos delitos que sí se encuentran tipificados. Sin ir más lejos, lo mismo aplica para las causas que tipifican como delitos de lesa humanidad, figura que tampoco se encuentra incluida como delito en el derecho interno.

### *III.B 3) Grupo atacado conforme lo estipulado por la CONUG*

Mientras que las interpretaciones respecto de los puntos a y b giraban en torno al derecho argentino y a los procesos locales, este tercer núcleo propone un debate de fondo sobre el modo de interpretar lo estipulado en la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio a la luz de lo sucedido en la Argentina, por lo que será central para los objetivos de esta tesis.

En diciembre de 1948, las Naciones Unidas definían como genocidio:

"[...]cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo."<sup>26</sup>

Como puede observarse, si bien en los proyectos iniciales incluían la protección a otros grupos, las negociaciones para su aprobación llevaron a que en la redacción final solo se establecieran cuatro grupos protegidos.

26. Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 09/12/ 1948, Art. II.

Esta particularidad, resulta, en opinión de Feierstein, una grave violación al principio de igualdad ante la ley ya que realiza una categorización de las víctimas de crímenes de Estado, instituyendo grupos a los que habría que proteger y grupos a los que no. Entre ellos, el que más debate generó en Naciones Unidas y que luego fue debate en distintos casos nacionales es la exclusión de los grupos políticos.<sup>27</sup>

Esta posición es compartida por algunos tribunales del país. Uno de ellos es el TOF 5 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que en la sentencia de la Causa 1270, conocida como "ESMA II" decía a este respecto:

"Y aunque resulte una obviedad a estas alturas, a la luz de nuestras exposiciones previas, es hora de decir que las razones que se esbozaron para dejar por fuera de la protección del delito de genocidio a los grupos políticos –y que fueron minuciosamente revisadas al inicio (Punto 3D)–, no tienen fundamentos sólidos valederos que ameriten, por un lado, dejar sin protección a estos grupos, y por otro, que de manera indirecta se permita la destrucción de los mismos. Y entre las razones más importantes y destacadas, se dijo que los grupos políticos carecían de estabilidad y permanencia y la respuesta a esto es contundente, al sostener que los grupos religiosos, que sí están dentro de la protección de este delito, presentan las mismas características de falta de estabilidad y permanencia, porque tanto en un grupo como en otro, la voluntad y la libertad que se tiene para pertenecer o no al mismo es fundamental. La elección de ser de una u otra religión es algo totalmente subjetivo, pues si bien el nacimiento en un primer momento, puede delimitar la religión de una persona, esta tiene la libertad de cambiar si es que así lo desea. Lo mismo ocurre con los grupos políticos. El compartir una u otra idea política, ser partidario de una u otra posición, está limitado sólo por la voluntad de los individuos. Por lo cual, este fundamento no es valedero ni mucho menos aceptable, ya que presenta una contradicción que no se puede obviar".<sup>28</sup>

27. FEIERSTEIN, *Juicios. Sobre la elaboración del genocidio II*.

28. TOF N° 5 de la Capital Federal, "ESMA II", p. 1885.

Más allá de las diversas críticas o posicionamientos que los tribunales argentinos hacen respecto de la CONUG, a la hora de calificar los hechos, el análisis pasa por establecer si el caso se subsume a lo establecido por la normativa internacional. Los interrogantes que rondan los fundamentos giran entorno de a) establecer si corresponde pensar que el ataque se desplegó contra un grupo como tal; b) en caso afirmativo, cuál es sería grupo; y, por último, c) si se trata de uno de los cuatro grupos protegidos en la CONUG.

La motivación política del aniquilamiento es un denominador común de todas las sentencias en esta etapa de juzgamiento. Como ya se ha dicho en capítulos anteriores, la propia definición de los perpetradores marca esa motivación y no parece estar puesta en duda por ninguno de los tribunales. Sin embargo, el reconocimiento de esta intención no implica, necesariamente, que entienda que el ataque fue contra un grupo político, ya que puede considerarse que era contra sujetos particulares.

“En efecto, ha quedado acreditado en el juicio que el plan sistemático de eliminación de opositores políticos estableció como “blancos” a eliminar a aquellos que creían contrarios al régimen que las fuerzas armadas pretendían imponer. Es decir, esos “blancos” no fueron seleccionados por pertenecer a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal, sino antes bien por no comulgar con la idea política que ellos pretendían imponer. Por lo tanto, no se da en el caso el elemento intencional específico propio de la figura de genocidio. En todo caso se trata de delitos de lesa humanidad, que solo exige que se traten de actos cometidos como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, tal como ocurre en el caso autos, como bien lo establece el art. 7. del Estatuto citado”.<sup>29</sup>

Como se desprende de la cita anterior, una interpretación posible es que, si bien el ataque es político, no es contra un grupo como tal, sino contra todos los opositores al régimen, que no constituirían un grupo ya que no se encuentran definidos por sus características propias sino por oponerse a otros.

29. TOF N°1 de Córdoba, “González Navarro, Jorge y otros p.ss.aa privación ilegítima de la libertad e imposición de tormentos agravados”, p. 148.

“Esa realidad lleva a pensar que el grupo perseguido en nuestro país era de evidente naturaleza política, precisamente aquél que, por ser uno de los grupos fluctuantes y variables, con la consecuente dificultad de determinación, no fue incluido en la enumeración de la convención. Pero a tal punto no estaba determinado el grupo víctima por parte del victimario –y esta reflexión sirve también para lo que se dirá al tratar el planteo del Dr. Rezsés– que el reglamento RC-9-1 en su artículo 5.030 despeja cualquier duda sobre ello al consignar que “... Dado lo difícil que resulta, en ciertas circunstancias, hacer una exacta diferenciación entre los elementos subversivos y la población en general, podrá ocurrir que se detenga a personas inocentes. Atendiendo a ello, será preciso realizar una investigación rápida pero estricta, a fin de liberar a los mismos lo antes posible.”. Es decir, la propia imposibilidad de agrupar las víctimas de los hechos ocurridos en el período 1976–1983 bajo un patrón común, es la que impide su caracterización como tal”.<sup>30</sup>

Para estos tribunales, entonces, la cuestión queda saldada no por los impedimentos de la propia CONUG (aunque se expliquen en las explicaciones de cómo los grupos políticos quedan excluidos en su redacción final), sino por el caso argentino. No se trata de la persecución a un grupo sino de la persecución a opositores, por lo tanto, no corresponde tipificarlo como genocidio.

Otros tribunales que también rechazan la calificación jurídica de genocidio reconociendo las motivaciones políticas en el caso argentino, argumentan diferente:

“Sin embargo, más allá de que un examen del contexto epocal de surgimiento de la definición de genocidio de la CONUG revele que inicialmente no se había previsto excluir de sus alcances a los grupos políticos; que resulte plausible considerar que tiene escaso sustento técnico-jurídico la exclusión de los grupos políticos de los grupos protegidos por la CONUG y, finalmente, que se constata la circunstancia de que las definiciones no jurídicas tienden a incluir

30. TOF de Mar del Plata, “Labolita Carlos Orlando y D’ Alessandro de Labolita Rosa s/ Querella - Las Flores”, p. 214.

a los grupos políticos en la definición de genocidio, este Tribunal entiende que los delitos perpetrados contra Guillermo Claudio Vargas Aignanasse como integrante del colectivo ‘grupo político’ constituyendo crímenes de lesa humanidad no se subsumen en el tipo del derecho penal internacional delito de genocidio, al menos en su formulación actual en la CONUG [...] Este Tribunal reconoce que el grado de reproche de los delitos cometidos contra Guillermo Claudio Vargas Aignanasse es el mismo que el que merecen las acciones que tipifican el delito internacional de genocidio previsto por la CONUG y en este sentido configuran prácticas genocidas y, asimismo, que sus autores mediatos son claramente genocidas en el marco de una definición no jurídica del genocidio pero, por las consideraciones ut supra expuestas, entiende que la víctima no puede incluirse en ninguno de los grupos que tipifican la figura. Todo ello sin perjuicio de considerar que sería altamente recomendable que tuviera lugar una enmienda formal de la CONUG que incluya a los grupos políticos, el desarrollo de una jurisprudencia internacional que de modo concluyente decida su inclusión, la incorporación del delito de genocidio por una ley argentina que incluya a los grupos políticos reconociendo jurídicamente la especificidad de los politocidios y el reproche como genocidios que merecen o el desarrollo jurisprudencial en el orden local que explícitamente los incluya. Tales estrategias permitirían especialmente en Latinoamérica resignificar jurídicamente los delitos cometidos en el curso de sus dictaduras del último tercio del siglo XX en su alcance más justo”.<sup>31</sup>

Para los magistrados que sostienen esta argumentación, el ataque se desarrolla contra un grupo determinado, ese grupo es un “grupo político” y, al no estar contemplados los grupos políticos en la CONUG, no puede avanzarse en su calificación jurídica.<sup>32</sup>

En ambos casos se reconoce la heterogeneidad de las víctimas en cuanto a sus ocupaciones, formación, clase social, lugar de residencia, actividad

31. TOF de Tucumán, Causa N° 03/08, pp.114-115.

32. Para un desarrollo en profundidad sobre las diferencias de interpretación respecto del grupo nacional en la convención puede consultarse SILVEYRA, *Disputas de sentido sobre el proceso genocida argentino en las sentencias judiciales (2006-2019)*.

política, etc.; pero mientras que el primer grupo considera que no son grupo por no autodefinirse las víctimas como tales, el segundo grupo entiende que el grupo no es definido por sus integrantes, sino por el perpetrador.

Frente a estas dificultades, un conjunto de activistas e intelectuales, comenzaron a reflexionar respecto del concepto de genocidio, retomando la definición acuñada por Lemkin, según la cual el objetivo del genocidio es la destrucción de los patrones nacionales del oprimido para ser reemplazada con los patrones nacionales del opresor.<sup>33</sup>

En estas reflexiones fue ganando terreno la idea de que se podía pensar que el grupo atacado en el caso argentino era el grupo nacional, y, por ende, protegido por la CONUG. Los modos de comprender y definir a que refiere ese grupo nacional no han sido homogéneos durante todo el proceso, y se ha ido profundizando en el debate en la medida que fueron avanzando las causas y que se fueron articulando saberes construidos en distintos ámbitos (judicial, militante y académico).

Una de las conceptualizaciones iniciales es heredera de los sentidos construidos en el fallo elaborado por la Asamblea Nacional de España y el juez Baltazar Garzón. Coincidiendo también con aquellas sentencias que definían al grupo atacado como grupo político, entienden que el grupo no es definido por quienes resultan víctimas sino por el perpetrador.

“[Los elementos probatorios en el caso argentino] están, debidamente documentados, en éste como en otros procesos cuyos fallos han pasado en autoridad de cosa juzgada, los decretos de aniquilamiento, las directivas secretas de identificación del grupo nacional enemigo como de ‘los proclives a serlo’ y su clasificación como ‘opponentes activos’ y ‘potenciales’, las reglas y órdenes operativas ‘contra los elementos subversivos’ con sus anexos de inteligencia para el ataque en los más diversos ámbitos (político, sindical, estudiantil, cultural, educativo). Incluso, en el denominado ‘R.C. 9-1’ (17.12.1976), del Jefe del Estado Mayor General del Ejército (Viola), se ordena que el Ejército no aceptará rendiciones, lo que documenta aquella intención calificada de exterminio. “El conjunto de estos documentos constituye prueba directa de la voluntad genocida de los perpetradores..., también de una voluntad encubridora.

33. LEMKIN, *El dominio del eje en la Europa ocupada*.

Existió un plan para destruir un grupo entero de la población civil y otro plan para ocultar los hechos” (Cfr. ALAGIA, *Hacer sufrir. Imágenes del hombre y la sociedad en el derecho penal*, pp. 97-106).<sup>34</sup>

En estas interpretaciones se entiende que la Nación está compuesta por distintos grupos nacionales ya sea definidos por sus integrantes o por los otros, y el genocidio argentino habría sido el intento de destrucción de un grupo nacional definido por el perpetrador.

“Por su parte, Lozada explica con mayor claridad la construcción de la víctima de este delito, cuando sella que la “enumeración restrictiva de los grupos protegidos no puede hacernos perder de vista, sin embargo, que la elección del grupo-objeto de destrucción constituye un dato esencial para la configuración del genocidio y que, en muchas ocasiones, la situación de un grupo determinado en el seno de un Estado puede definir mejor el peligro genocida que la naturaleza misma de ese grupo. Piénsese, por ejemplo, en el caso de minorías nacionales, étnicas o culturales que el Estado generalmente engloba, en circunstancias en que el mismo considera que no son susceptibles –por el motivo que fuere– de asimilación. A esto debe sumársele, además, el hecho de que el grupo-víctima no siempre constituye una realidad social, sino que muchas veces es producto de una representación del asesino, quien lo observa y lo construye ideológicamente como una amenaza a su propia supervivencia”.<sup>35</sup>

De este modo, por más que se nomina al grupo atacado como grupo nacional, pareciera estar refiriendo al grupo definido como grupo político por aquellos tribunales que rechazan la calificación. Frente a la imposibilidad

34. TOF N°2 de Rosario, “NAST, Lucio César s/ Privación ilegal de la libertad agravada en concurso real con los delitos de tormentos calificados y asociación ilícita (Parcial Expte. N° 120/08)”, p. 224.

35. TOF de San Luis, “F. s/ Av. Delito (Fiochetti, Graciela)” y sus acumulados Expte. 771-F-06 “Fiscal s/ Av. Inf. Art. 142 bis del Código Penal” (Pedro Valentín Ledesma); Expte. 864-F-06 “Fiscal s/ Av. Infr. Art. 142 bis del Código Penal” (Santana Alcaraz) y Expte. 859-F-06 “Fernández, Víctor Carlos denuncia apremios ilegales”, p. 458.

de llamarlo grupo político por no estar contemplado en la convención se lo denomina nacional, pero el eje del aniquilamiento sigue estando dirigido a quienes serían parte de este grupo particular definido por cuestiones políticas. Se persigue a los miembros de *ese* grupo nacional, con el objetivo de aniquilar a ese grupo particular. Los otros "grupos nacionales" parecieran quedar por fuera del conflicto.

Sin embargo, esta interpretación posibilita una concepción de "lo nacional" que se aleja de las miradas esencialistas de las identidades nacionales y las comprende, en primer lugar, como productos dinámicos del devenir de las construcciones de sentido de la sociedad en un tiempo determinado, en este caso, a partir de la construcción del "otro" a destruir definida por los genocidas. Por lo tanto, no se concibe la existencia de una nacionalidad ahistórica y permanente, sino nacionalidades situadas en tiempos y contextos determinados.

En segundo lugar, al reconocer la existencia de distintos grupos nacionales, reconoce la existencia de distintas identidades y sectores dentro de esas nacionalidades por lo que ya no se las concibe como unidades identitariamente homogéneas.

Esta noción de lo nacional, al no referir exclusivamente a aquellos nacidos en un territorio determinado y al incorporar elementos culturales y políticos, habilitó la emergencia de una nueva interpretación que considera el caso argentino como un genocidio en el que el grupo atacado es el grupo nacional mediante la destrucción de una parcialidad del mismo.

"Este Tribunal ha dado una respuesta afirmativa a este interrogante. Aunque la cuestión ha dividido a la doctrina, tenemos dicho que el término 'nacional' no se identifica solo y necesariamente con el de 'nacionalidad' y que por 'grupo nacional' debe entenderse a todo grupo poblacional que mantiene un vínculo legal con el Estado Nacional que habita, pues por el solo hecho de habitarlo nacen derechos y obligaciones que son expresión jurídica de un hecho social de pertenencia y vinculación con ese Estado Nacional (Cfr. CIJ, caso "Nottebohm" o "Liechtenstein vs. Guatemala" del 06.04.1955). Siendo así, el término grupo nacional del art. 2º de la Convención es pertinente para calificar los hechos enjuiciados. Tenemos en cuenta para ello que el grupo nacional argentino fue exterminado 'en par-

te’ (“total o parcialmente”) y que la delimitación del (sub)grupo a ‘destruir’ o exterminar –catalogado como “subversivo” o “terrorista”– ha procedido de la perspectiva subjetiva de los perpetradores, abarcando con tan difusa denominación desde los grupos políticos armados hasta cualquier expresión de oposición política al régimen, de activismo social o gremial, de comportamiento crítico, disidente o contestatario. Las víctimas individuales fueron seleccionadas solo por su presunta pertenencia o afinidad con el grupo definido como enemigo (interno) por el infractor”.<sup>36</sup>

Este modo de interpretación posibilita, en algunos casos, ubicar el daño no solamente en aquellos que pasaron por los campos de concentración, sino en el conjunto del grupo nacional argentino. Esta interpretación no sugiere que la destrucción del grupo nacional argentino refiera a la destrucción de la nacionalidad argentina (en tanto existencia de la Nación argentina); sino, por el contrario, que se intenta destruir una nacionalidad argentina determinada. En los términos en que se ha caracterizado el proceso en esta tesis, implica la destrucción de la territorialidad social<sup>37</sup> previa al genocidio.

“Asimismo, declarar que lo que nos sucedió como sociedad ocurrió en el marco de un genocidio, tiene el valor agregado de esclarecer la real naturaleza del contexto (dada la uniformidad y sistematicidad de la práctica criminal empleada), el mecanismo causal que explica lo sucedido y la intención calificada del delito, claramente de exterminio parcial del grupo nacional argentino y de reorganización o reconfiguración de la sociedad toda. Se recrea así su significado histórico, se recuperan funciones no punitivas (reparadoras) del acto de juzgar, se aporta a la construcción de la memoria colectiva, se colabora para que lo que sucedió no vuelva a repetirse, todo ello,

36. TOF Paraná, “Céparo, Atilio Ricardo sobre inf. art. 144 bis en circ. art. 142 inc. 1, 2, 3, 5”, p. 110.

37. Para el desarrollo del concepto de territorialidad social empleado con relación al caso del genocidio puede consultarse SILVEYRA, “Aproximaciones al concepto de genocidio desde una perspectiva marxista. Aportes para comprender el caso argentino” y SILVEYRA, *Disputas de sentido sobre el proceso genocida argentino en las sentencias judiciales (2006-2019)*.

sin mengua al debido proceso ni a las garantías del justiciable, sin agravio computable –en definitiva– para la defensa.”<sup>38</sup>

Al entender el genocidio como un proceso que afecta a quienes persigue directamente y a quienes no, que busca reconfigurar a la sociedad toda, no solo amplía la visión hacia una concepción más cercana a las conceptualizaciones de Lemkin, sino que, además, amplía la concepción respecto del rol de la justicia.

Quienes la rechazan, lo hacen desde una definición de “lo nacional” diferente.

“De lo expuesto cabe inferir que el grupo nacional al que alude la Convención y que configura uno de los grupos protegidos por el tipo de genocidio es aquel que nuclea a varios sujetos que comparten como común denominador, un mismo origen, una idiosincrasia, un idioma, rasgos estos que caracterizan y dan cohesión, es decir, brindan unidad a ese conjunto de personas. Y es en virtud, precisamente de ese vínculo, que se intenta exterminar al grupo como tal, como modo de aniquilar esa condición. En esta inteligencia, no resulta ocioso traer a colación lo sostenido por autorizada doctrina, al afirmar que ‘la intención de quien elimina masivamente a personas pertenecientes a su propia nacionalidad por el hecho de no someterse a un determinado régimen político no es destruir su propia nacionalidad ni en todo ni en parte, sino por el contrario, destruir a aquel sector de sus nacionales que no se somete a sus dictados. Con ello el grupo identificado como víctima no lo es en tanto que grupo nacional, sino como un subgrupo del grupo nacional, cuyo criterio de cohesión es el dato de oponerse o no de acomodarse a las directrices del criminal.’”<sup>39</sup>

Estas interpretaciones emparentan la idea de “lo nacional” a la de “Estado- nación” en términos geopolíticos. De este modo, el ataque a un grupo

38. TOF de Paraná, “Céparo, Atilio Ricardo sobre inf. art. 144 bis en circ. art. 142 inc. 1, 2, 3, 5”, p. 113.

39. TOF de Posadas, “Herrero, Carlos Omar s/Privación Ilegítima de la Libertad Agravada”, pp. 394-395.

nacional solo puede estar desplegado por miembros de otro grupo nacional, ya que si no se trataría de una autodestrucción. Los factores culturales quedan relegados, así como las multiplicidades de identidades nacionales dentro de un mismo país. En este sentido, yendo al extremo del razonamiento, el genocidio contra un grupo nacional sería aquel en el que el país atacado deja de existir.

A diferencia de lo que sucedía con las dificultades respecto a las posibilidades de violar el principio de congruencia y con la falta de tipificación de la figura en el derecho interno, en este caso, las distintas interpretaciones sobre qué se dice cuando se habla de "grupo nacional" dividen las aguas entre quienes aceptan los pedidos de calificación y los que no.<sup>40</sup>

#### IV. A. PROPÓSITO DEL FALLO DE LA CÁMARA DE CASACIÓN SOBRE EL JUICIO "FUERZA DE TAREA 5" DEL TOF 1 DE LA PLATA

La decisión de calificar los hechos como constitutivos de crímenes internacionales (más precisamente como crímenes de lesa humanidad) originó un debate social y político que llegó a los tribunales: ¿Es correcta la calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad? ¿o se trató de un genocidio?

Esta distinción se reflejó en manifestaciones y discusiones públicas, consignas sociales y políticas y, también, en el ámbito judicial donde los tribunales se distinguen entre quienes se alinearon con una u otra postura, conforme se analizará en el acápite precedente.

Este debate llegó recientemente al tribunal penal de mayor jerarquía del país: la Cámara Federal de Casación Penal.

El 21 de diciembre de 2015, el Tribunal Oral Federal N°1 de La Plata juzgó el caso conocido como "Fuerza de Tareas 5" y resolvió condenar a Antonio Vaňek, Juan Carlos Herzberg, Jorge Alberto Errecaborde, José Casimiro Fernández Carró, Roberto Eduardo Fernando Guitián, Carlos José Ramón Schaller, Luis Rocca y Eduardo Antonio Meza como coautores del "delito internacional de genocidio".

40. La única excepción encontrada es el caso del Tribunal Oral Federal Formosa en la causa "Camicha, Juan Carlos y otros s/ asociación ilícita" Tribunal Oral Federal-Formosa, 13/11/2013 en la que a pesar de considerar que no puede sostenerse la existencia de un genocidio en términos jurídicos, sí puede incluirse en la calificación como "en el marco de genocidio" para dar cuenta de la verdad histórica.

Las defensas de los condenados cuestionaron, entre otros planteos, la calificación de los hechos como constitutivos del “delito internacional de genocidio” y la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal decidió, el 11 de julio de 2022, por mayoría, modificar la calificación legal y establecer que se trató de crímenes de lesa humanidad.

El juez Alejandro Slokar votó por mantener la calificación de genocidio, mientras que los jueces Yacobucci y Mahiques fueron quienes propusieron la calificación de crímenes de lesa humanidad.

El argumento de las defensas para cuestionar la calificación de los hechos de la acusación como parte del “delito internacional de genocidio” radica en que no se habría probado el dolo específico del tipo penal. Cabe recordar que el genocidio se configura por la combinación de alguna de las acciones tipificadas y el dolo especial que consiste en la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

Ya se han analizado en detalle los alcances de los votos de este fallo.<sup>41</sup> En esta ocasión, reeditaremos los aspectos nodales así como los argumentos en tensión en el voto de la mayoría y minoría con relación a la calificación legal aplicable: el primero en votar la cuestión fue el juez Slokar, quien comenzó afirmando que “los delitos juzgados fueron cometidos en el marco del plan generalizado y sistemático de represión desplegado por el último gobierno de facto y, de esta manera, la comisión múltiple de los hechos punibles en cuestión (torturas, homicidios, privaciones ilegales de la libertad, desapariciones forzadas de personas) aparejan las imprescriptibles e imperativas obligaciones de investigación y sanción” y citó al tribunal de juicio al sostener que

“Tales delitos, desplegados con propósitos ideológicos, políticos y económicos, constituyen graves violaciones a los derechos humanos, que tuvieron lugar, esencialmente, en contra de los trabajadores de las empresas situadas en las localidades de Berisso, Ensenada y en la zona de Río Santiago”.

41. THUS & GONZÁLEZ STIER, “Genocidio o crímenes de lesa humanidad en el caso argentino”. A propósito del fallo de la Cámara Federal de Casación sobre el Juicio ‘Fuerza de Tareas 5’ del TOF 1 de La Plata”, pp. 85-115.

La esencia del debate sobre la calificación legal (independientemente de los planteos de las defensas), radica en la interpretación de la extensión de los grupos identificados como posibles víctimas del delito de genocidio: nacional, étnico, racial o religioso.

La calificación de los hechos criminales cometidos por la dictadura como un genocidio encuentra fundamento en la intención de destruir (al menos parcialmente) a un grupo nacional argentino, mientras que quienes rechazan esa postura afirman que el grupo atacado debe identificarse como un grupo político que había sido expresamente excluido de la definición que prevé la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de genocidio de 1948.

Slokar efectuó un repaso sobre el origen y la interpretación histórica de la palabra “genocidio” y señaló que los crímenes de la dictadura ya habían sido calificados de ese modo desde la primera denuncia de la Comisión Argentina de Derechos Humanos titulada “Argentina, proceso al genocidio”. También citó el Sumario 19/1997 del Juzgado Central de Instrucción N° 5 de Madrid, por entonces a cargo del juez Baltasar Garzón, quien sostuvo que:

“Los Comandantes Generales de las Fuerzas Armadas Argentinas, con sus inspiradores civiles, planean el genocidio antes del golpe militar de marzo de 1976. La severa legislación y las amplias facultades represivas que les concede el gobierno constitucional no les alcanza para lograr lo que estimaban una solución drástica: la eliminación física del grupo nacional opositor a su ideología y a su proyecto” (Auto del 2 de noviembre de 1999).

De esa misma resolución se desprende que

“[...] sino puede eliminarse la motivación política cuando esa acción genocida es por razones étnicas o religiosas con mayor razón, no puede prescindirse de la calificación como genocidio cuando la base de la acción delictiva está formada por la motivación política y el objeto de la agresión es exactamente el mismo grupo de personas (grupo nacional, al que pertenece también el agresor, como sector predominante por el uso de la fuerza), a través de los mismos medios comisivos –muertes, secuestro seguido

de desaparición, torturas, agresiones sexuales, o desplazamientos forzados— y con la misma finalidad de eliminar la discrepancia ideológica y de oposición política, que en todo caso se manifiesta en uno y otro supuestos [...]”.

Del texto extraído de la resolución de Garzón se desprende una separación entre la intencionalidad política del ataque (que se encuentra presente en todos los casos) y el objetivo de ese ataque: un grupo nacional, ya que

“Para los perpetradores argentinos la nacionalidad como ciudadanía amplia solo era compatible con valores ‘occidentales y cristianos’ que las órdenes secretas de aniquilamiento establecieron. Por ello la vida del grupo nacional aniquilado o afectado gravemente fue para los perpetradores indigna de ser tratada en calidad de libre e igual ante ley. Las órdenes de aniquilamiento dividieron a la población nacional entre ciudadanos dignos de serlo y otros declarados sin valor de vida, identificándoselos con el cáncer, la infiltración venenosa o con un tumor social que se hacía necesario extirpar. Los miembros de este grupo nacional quedan reducidos, por órdenes secretas de aniquilamiento en abstracto y por la experiencia concentracionaria en concreto, a grupo sacrificable al que se puede asesinar sin cometer homicidio, en beneficio de toda la sociedad y para que ésta pueda vivir”.

En este punto, Slokar no sólo toma los aspectos señalados desde una visión jurídica del asunto, sino que agrega fundamentos sociológicos citando a Feierstein respecto a que las prácticas genocidas resultan ser una

“tecnología de poder cuyo objetivo radica en la destrucción de las relaciones sociales de autonomía y cooperación y de la identidad de una sociedad, por medio del aniquilamiento de una fracción relevante [de la misma] [...] y del uso del terror”

enfoque que, además de visibilizar la magnitud de los horrores cometidos, permite explicar el cómo, el porqué y el para qué del genocidio nacional.

Ello habilita a colocar a los crímenes cometidos por la dictadura como parte de un genocidio reorganizador que define a los procesos de exterminio que, como el caso argentino, buscan transformar “las relaciones sociales hegemónicas al interior de un Estado nación preexistente”, con el objetivo de “clausurar aquellas relaciones que generan fricción o mediaciones al ejercicio del poder –contestatarias, críticas, solidarias– y reemplazarlas por una relación unidireccional con el poder”.

Esas circunstancias fueron aprobadas por el tribunal de juicio que, en la sentencia dejó establecido que

“el ataque a [grupos de trabajadores sindicalizados] no ha sido azaroso, sino claramente dirigido a desmembrar una estructura que se presentaba como ‘un férreo enemigo’ de cara a las finalidades económicas de los grandes grupos empresarios y al plan económico de la dictadura. Se trató de desarticular un sector obrero, organizado, con arraigada identidad como trabajadores, y alto compromiso en la defensa de la dignidad del trabajo, la industria nacional y representativos del trabajo calificado.... El plan represivo implementado por la dictadura cívico militar persiguió instalar un clima de terror y de disciplinamiento social que no solo resultó imprescindible para la aplicación contemporánea y posterior de políticas socio económicas de desigualdad, transferencia de recursos y modificación sustancial del reparto de ingresos entre los diversos sectores sociales, sino que lo tuvo como objeto y sin ello no se entiende su propia existencia. El genocidio y su profunda tarea de desarticulación de las instituciones de pertenencia de los sectores del trabajo, a punto de desarmar el entramado de relaciones de equilibrio de fuerzas y de negociación posible, tuvo como objetivo el diseño de una nueva sociedad en la que sectores enteros quedaron indefensos y disgregados frente a la concentración del poder económico traducido en único poder social efectivo, y con el respaldo abrumador del poder armado formal e informal [...]”.

Por todo eso, Slokar tomó la conclusión del voto mayoritario del tribunal de juicio y ratificó que se ha identificado a la represión dictatorial como

“una política de exterminio focalizada sobre un grupo nacional particular con el objeto de, a través de la violencia física y la difusión

del terror, lograr la reorganización del conjunto de la sociedad. El accionar represivo aparece, así como un medio para la obtención de un fin: el martirio de los individuos en tanto parte de un colectivo determinado, socialmente significativo para los victimarios, y el exterminio de ese colectivo como instrumento para la modificación de los lazos sociales”

y destacó que el criterio en orden a que el móvil político de un ataque dirigido contra uno de los grupos especialmente protegidos (*V.gr.* grupo nacional) no resulta óbice para la protección legal:

“Una vez afirmado que el grupo al que se ha dirigido el ataque con fines de destrucción del mismo es uno de los protegidos en el tipo de injusto, nada impide, para mantener esa calificación, que el sujeto activo del injusto añada a su voluntad criminal un móvil político porque, en toda destrucción de cualquiera de los grupos, también los motivos políticos pueden ser componentes del propósito de exterminio”.

Luego Slokar señaló que el hecho de que los perpetradores y las víctimas pertenezcan al mismo grupo nacional no resulta un obstáculo para determinar que existió un genocidio. Para ello se basó en las conclusiones del Informe Whitaker sobre la prevención y la sanción del crimen de genocidio.

Para concluir, criticó a quienes excluyen la calificación como genocidio sobre la base de la identidad política de las víctimas y afirmó que

“la interpretación que se limita a señalar la exclusión del ‘grupo político’ en la versión final de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de genocidio para así descartar su aplicación a supuestos como el del presente proceso, no sólo desconoce los planteamientos *ut supra* referidos que dan cuenta de su subsunción en el ‘grupo nacional’, sino que además redundante en una discriminación negativa que niega el carácter de víctimas de genocidio a quienes son perseguidos por razones políticas (como también podrían serlo de género, identidad sexual, discapacidad u otros), lo que resulta hermenéuticamente inaceptable”.

Guillermo Yacubucci, por su parte, propuso un análisis diferente de la cuestión y lo argumenta en su visión sobre el principio de legalidad penal. Sostuvo que, para él, los jueces que integraron la mayoría del tribunal incurrieron en una decisión confusa y arbitraria, y propuso diferenciar

“entre las adjetivaciones o calificaciones que puedan expresarse mediante ciertos términos dentro de la comunicación coloquial, el debate político, el etiquetamiento sociológico, el señalamiento peyorístico, o la disputa agonal y el significado normativo del *nomen iuris* que la legalidad impone para calificar hechos criminales”.

Y agregó que

“valerse del término ‘genocidio’, o aun apuntar como ‘genocidas’ a sujetos que han llevado a cabo comportamientos de intensa crueldad y capacidad lesiva contra la vida y la integridad de las personas, permite expresar el disvalor de esos actos en la dialéctica comunicativa. De esa manera, se señala una profunda contradicción con principios y valores humanos en virtud de la extensión cuantitativa y cualitativa de la afectación de los derechos fundamentales. En perspectiva semántica, ese uso resulta habilitado por su eficacia ilocucionaria en la consideración comunicativa, que no necesariamente expresa el contenido de antijuridicidad reglado por la legalidad penal y convencional del término usado”.

Concluyó, sobre ese punto, que la calificación de los hechos como “delito internacional de genocidio” constituye un uso retórico de la figura que

“no solo crea inseguridad, al banalizar aspectos propios de esa elaboración conceptual, sino que, además, pone en crisis –como lógica consecuencia jurídica– el principio de legalidad, las nociones del derecho internacional y convencional y, más precisamente aún, uno de sus derivados, como es el principio de tipicidad”.

Descartó también la posibilidad de invocar referencias a la evolución de la definición del delito de genocidio (que identificó como “propuestas

previas a la determinación legal alcanzada, que ampliaban la caracterización o identidad de los grupos hechas en el fallo”) ya que resultarían relevantes para el debate histórico, pero no para calificar judicialmente los hechos.

Se aferró a la sentencia del precedente “Jelusic” del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia que examinó los componentes legales del crimen de genocidio tomando en cuenta solo aquellos que lo caracterizan “sin lugar a dudas” y toma del fallo del tribunal de juicio que “los grupos políticos y las motivaciones políticas ‘quedaron excluidas’ de la definición legal”.

También sostuvo que la decisión del tribunal de juicio pone en crisis el significado y la expresividad normativa del término genocidio, “solidificada a nivel internacional”.

Esencialmente cuestionó la categorización de las víctimas como identificadas bajo un “grupo nacional”. Para ello señaló que se pretendió identificar bajo el rótulo de grupo nacional a

“un tramado de relaciones sociales que intenta describir como trabajadores. Primero, de una determinada zona –Ensenada, Berisso–, luego, que se extendería a todo el territorio para, finalmente, limitarlo a cierta opción política [...] cuando en verdad se señala como cómplices de los crímenes a otros integrantes de ese mismo colectivo, para lo cual distingue entre delegados gremiales de un sector –‘opositores’– y delegados de comisiones ‘oficialistas’”.

Para Yacobucci, esas premisas

“indican la carencia de significado normativo para alcanzar la consideración de grupo nacional de esas víctimas que se vinculan entre sí por ciertas opciones políticas o sindicales de difícil generalización a la luz del objetivo que se quiere demostrar”.

Citó jurisprudencia para justificar que los grupos con identidad política resultan expresamente excluidos de la definición. Sin embargo, también reconoció la mutabilidad de la noción de los grupos nacionales, étnicos,

raciales o religiosos, aunque descartó que esa circunstancia haya sido probada en el caso concreto.

A partir de ese razonamiento, remarcó que

“la noción de genocidio ha quedado circunscripta a un elenco determinado y estricto de situaciones que lo caracteriza, sobre todo, respecto de otros crímenes y atrocidades contra la humanidad. Especificidad, cabe acotar, particularmente surgida de las exigencias de mens rea respecto de ciertos grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos, ya que no todo grupo o colectivo de personas aparecen integrados al concepto de genocidio” (Cfr. Cryer & Friman & Robinson y otros, International Criminal Law and Procedure)

y que

“Como no se ha probado que esto suceda en los delitos aquí juzgados, la calificación de genocidio debe ser revisada. Esto, claro está, no es óbice para entender que los injustos cuyo juzgamiento y condena están bajo análisis de esta Cámara son constitutivos de crímenes de lesa humanidad, tal como fue motivo de acusación por el Fiscal durante el juicio, y plasmado en su realización objetiva y subjetiva, como hechos probados en el fallo”.

En otro punto, resulta interesante que Yacobucci se hace cargo de la crítica respecto de que la categoría de “crímenes de lesa humanidad” no se encontraba positivizada como tal al momento de la comisión de los crímenes (al menos en los términos actuales), pero sostiene que “según actual y constante doctrina de la Corte Suprema, a la que cabe atenerse, sí se encontraba vigente en el derecho internacional (*ius cogens*) y, en virtud del artículo 118 CN, ya tenía vigencia y resultaba vinculante para el ordenamiento argentino” y que, de acuerdo con el texto de la sentencia cuestionada, los hechos investigados y juzgados no resultan

“sucesos aislados, sino que se inscriben y forman parte de un universo de criminalidad organizada estatal, respecto de la que se han expedido diversos tribunales del país, especialmente a partir de la

Causa n° 13/84 –conocida como Juicio a las Juntas–, así como organismos locales e internacionales que bregan por la protección de los derechos humanos, coincidiendo en que la dictadura cívico-militar implementada entre los años 1976-1983, ha cometido infinidad de ilícitos que constituyen crímenes de lesa humanidad y por tanto imprescriptibles”.

Por último, Carlos Mahiques, acompañó el voto de Yacobucci. Descartó que los hechos juzgados puedan ser catalogados como parte de un genocidio y los calificó como crímenes de lesa humanidad.

Para ello destacó que

“la diferencia entre genocidio y el resto de los crímenes mayores del derecho penal internacional, también conocidos como ‘Core Crimes’, radica en la ultraintencionalidad, o el *dolus specialis*, que preside la actuación de los autores con el fin de exterminar a uno o varios, de los grupos protegidos –enumerados de forma taxativa por la norma–, de manera total o parcial” [y que]“mientras la característica de ‘delito internacional’ de los crímenes de lesa humanidad, de guerra o de agresión está dada por el elemento político o internacional que se encuentra en el ‘actus reus’, es decir, en el tipo objetivo del delito, en el caso del genocidio, ese elemento internacional está dado por la referida ultraintencionalidad (*Mens rea*). En otros términos, que el mencionado elemento, que connota en especial a esta infracción, se desplaza de la parte objetiva a la subjetiva, justamente a través de la mentada ‘ultraintencionalidad’”.

Y aclaró que no descarta que las víctimas pertenezcan a un “grupo nacional” pero que

“lo que motivó el plan sistemático de desaparición y tortura no fue la nacionalidad de las víctimas, sino su ‘oposición al plan implementado’. Así, el ataque perpetrado desde el aparato estatal contra la población civil que acarrió la ‘destrucción parcial’ de ese ‘grupo nacional’, no estuvo dirigido contra dicha población por su pertenencia a un grupo nacional, es decir, por ser argentinos, sino por su ideología a pertenencia política”.

Destacó que la calificación de los hechos como crímenes de lesa humanidad —y no como genocidio—

“no los convierte en menos graves o aberrantes. En el campo de los delitos internacionales, no existen delitos más graves que otros por su calificación legal. Todos ellos conllevan un menoscabo a bienes jurídicos fundamentales como la paz, la dignidad humana y la seguridad internacional. En todo caso la ‘mayor gravedad’ de los hechos en sucesos de esas proporciones dependerá de sus circunstancias y características, y no de su calificación legal”.

Y concluyó que

“por no tratarse de hechos aislados, sino planificados y ejecutados en el marco, y ‘como parte de un ataque generalizado o sistemático’, es que dichos ataques deben recibir la denominación de crímenes de ‘lesa humanidad’, y ser, bajo esta calificación, juzgados y sancionados por los tribunales competentes”.

Hasta aquí hemos reseñado los principales argumentos del fallo y, como sabemos, las sentencias judiciales tienen efectos inmediatos “sobre los cuerpos” (en alusión a la dimensión coercitiva del derecho penal) pero también mediatos “sobre los sentidos” del pasado en nuestro presente democrático (dimensión discursiva - eficacia nominativa y performativa del derecho).

Se configura como un aporte valioso porque: a) se reafirma la conceptualización como crímenes internacionales de los delitos perpetrados por la dictadura y consecuentemente su carácter imprescriptible y merecedores de condena penal (por unanimidad); b) se consolida la calificación de desaparición forzada (por unanimidad); c) se reconoce el carácter mutable de la noción de grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos (más allá que se descarta en el caso concreto por déficit probatorio) y d) se discute por primera vez en un tribunal de alzada la calificación legal de genocidio y los sentidos en disputa. Parafraseando el fallo, el genocidio como práctica social y como delito no es una “metáfora”.

Uno de los aspectos más controversiales, no ya en el análisis normativo de las figuras penales en danza, radica en el modo de comprensión del

derecho y su relación con otras ciencias sociales. Es, quizás, este, el aporte central a la criminología crítica del genocidio desde el sur.

En el fallo, en el voto de la mayoría, se hace referencia a la diferenciación entre el valor normativo que el sistema jurídico le otorga al genocidio del que le otorgan las ciencias sociales, denunciando la indistinción como acto impropio de la magistratura.

En sentido contrario, en el voto de la minoría, se postula la necesaria relación entre derecho y ciencias sociales, se sustenta el voto en los aportes que brindan la criminología del genocidio a la cuestión, de modo de permitir a la ciencia jurídica escoger una figura legal que explica mejor el objetivo y la estrategia de los perpetradores, quiénes son las víctimas, cuál es el daño causado y los motivos del aniquilamiento.

Ordenar una sociedad supone necesariamente establecer una gramática del sufrimiento. El campo jurídico es, por encima de todo, un campo discursivo y, por eso mismo, la lucha por el derecho es, por un lado, la lucha por la nominación, por la consagración jurídica de los nombres del sufrimiento humano, por entronizar los nombres que ya se encuentran en uso y, por el otro, la lucha por publicitar y colocar en uso, en boca de las personas las palabras de la ley y también de las sentencias.

Por eso, nominar como crímenes de lesa humanidad o como genocidio, los crímenes perpetrados por la dictadura militar, no es indistinto. Se ponen en acto la capacidad de influencia en la esfera pública y las estrategias para "oficializar" o "institucionalizar" una narrativa del pasado. El derecho se presenta, entonces, no solo como la palabra autorizada de la nación, capaz de regular, sino también de crear, o de dar estatus de realidad a las entidades cuyo derecho garantiza, e instituye su existencia a partir del mero acto de nominación y se configura como una herramienta válida para evitar el negacionismo normativo.<sup>42</sup>

42. Adam JONES analiza el negacionismo normativo al incorporar a la mencionada categorización aquellas posiciones jurídicas que descartan la posibilidad de tipificación del genocidio (JONES, *Genocide. A Comprehensive Introduction*, p. 357). Para un análisis sobre los efectos negacionistas de la calificación legal en el caso argentino, véase: THUS, Valeria y GONZÁLEZ STIER, Daniel, "Genocidio o crímenes de lesa humanidad en el caso argentino. A propósito del fallo de la Cámara Federal de Casación sobre el Juicio "Fuerza de Tareas 5" del TOF 1 de La Plata", pp.104 y ss.)

## V. CONCLUSIONES

La Argentina ha aportado, desde su experiencia particular, reflexiones e interpretaciones significativas al campo de estudios de la justicia transicional y de los estudios de crímenes de Estado.

En este artículo nos hemos detenido, particularmente, en lo referido a la interpretación sobre la calificación jurídica de genocidio. Los debates impulsados por un conjunto de sobrevivientes respecto a la posibilidad de juzgar los crímenes cometidos por la dictadura como genocidio obligaron a la revisión crítica de los establecido por la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

La dificultad frente a la ausencia de los grupos políticos como uno de los grupos protegidos por la CONUG llevó a juristas y militantes de organismos de derechos humanos al debate sobre la definición de los cuatro grupos protegidos. De ese modo, aquello que originalmente fue percibido como un problema para su aplicación, terminó por abrir las posibilidades de una interpretación del sentido de grupo nacional que se acerca más a aquello que Lemkin, el creador del neologismo, había definido en su libro *El dominio del eje sobre la Europa ocupada*.

La interpretación que permite pensar el ataque contra una parcialidad del grupo nacional con el objetivo de la transformación identitaria de del conjunto, permitió comprender el genocidio no solo como el aniquilamiento masivo de personas, sino sobre todo como una tecnología de poder que busca la transformación de la sociedad sobreviviente. De este modo, la pregunta sobre las características de la parcialidad del grupo nacional que es perseguido, y, sobre todo, la pregunta sobre el lugar que ocupaba en el conjunto social y cómo este se ve transformado una vez finalizada la dictadura, permite que la escena judicial se constituya no solo en un espacio de retribución para las víctimas directas, sino en un espejo en el cual mirarnos como sociedad para preguntarnos sobre los modos de ser y estar en el mundo concreto en la actualidad.

Y por eso es válido preguntarnos ¿por qué hoy tiene un peso central que la justicia "nomine" los crímenes cometidos por la dictadura? O, mejor dicho, ¿qué es lo que "esconde" o invisibiliza optar por una u otra fórmula legal?

La calificación como genocidio o como crimen de lesa humanidad no es inocua ni insustancial y genera consecuencias en la comprensión acabada del proceso histórico y en las disputas por los sentidos de memoria. En efecto, el debate sobre la calificación legal respecto de los críme-

nes perpetrados por la dictadura cívico militar permite abrir las preguntas por los “efectos negacionistas” de estas configuraciones normativas que, fundándose en víctimas indiferenciadas y en el horror descontextualizado, obturan comprender las causas del genocidio en un contexto concreto y particular: cuando justamente se ha empezado a discutir la responsabilidad civil —empresarial— de la dictadura (causalidad del proceso genocida) y cuando media un recrudecimiento de estos discursos negacionistas en el campo político, académico y normativo.

Desde esta perspectiva —y allí se configura su aporte a la criminología del genocidio desde el sur—, el derecho, como ámbito agonal sobre la apropiación política del pasado, nos permite, con sus conceptualizaciones, formular las representaciones de lo acontecido y convertir al escenario judicial en árbitro de la verdad frente a los negacionismos de los últimos tiempos. El derecho se configura entonces como herramienta política y de reparación a las víctimas y permite la indagación en categorías que provienen de disciplinas afines (criminología del genocidio) y (re)pensar estos problemas más allá de la estrecha legalidad.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALAGIA, Alejandro, *Hacer sufrir. Imágenes del hombre y la sociedad en el derecho penal*, Ediar, 2013, Buenos Aires.
- ALONSO, Luciano, “*Que digan dónde están*”. *Una historia de los derechos humanos en la Argentina*, Prometeo, 2022, Buenos Aires.
- BAILONE, Matías, “Los fundamentos de la pena en los ‘crímenes de Estado’: el poder (auto) punitivo legitimado por la criminología crítica”, en *Revista Nueva Crítica Penal*, Vol. 1, N° 1 (2019), ISSN: 2525-0620, pp. 43-63.
- CATELA DA SILVA, Ludmila, *No habrá flores en la tumba del pasado. La experiencia de reconstrucción del mundo de los familiares de desaparecidos*, Al Margen, 2001, La Plata.
- Conferencia Diplomática Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de Plenipotenciarios de las Naciones sobre el establecimiento de una corte penal corte penal internacional, ACONF183/9, 17/07/1998.
- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 09/12/1948, e.v. 12/01/1951
- CRENZEL, Emilio, *La historia política del nunca más. la memoria de las*

- desapariciones en la argentina*, Siglo XXI, 2008, Buenos Aires.
- CROCCO, Natalia, "Legitimidad, impunidad y justicia. La prensa escrita y el proceso de juzgamiento por crímenes de Estado en Argentina (2001-2019)", Tesis de Doctorado en Ciencias Sociales, defendida 29/10/2020, Universidad de Buenos Aires, 2020.
- DELRIO, Walter M. & LENTON, Diana I. & MUSANTE, Marcelo y otros, "Discussing Indigenous Genocide in Argentina: Past, Present, and Consequences of Argentinean State Policies toward Native Peoples", en *Genocide Studies and Prevention*, Vol. 5, N° 2, agosto 2010, Toronto, ISSN: 1911-03595; pp. 138-159 URL: <https://utpjournals.press/doi/10.3138/gsp.5.2.138>
- FEIERSTEIN, Daniel, *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*, Fondo de Cultura Económica, 2007, Buenos Aires;
- , *Memorias y representaciones. Sobre la elaboración del genocidio*, Fondo de Cultura Económica, 2012, Buenos Aires.
- , *Juicios. Sobre la elaboración del genocidio II*, Fondo de Cultura Económica, 2015, Buenos Aires.
- , *Los dos demonios (recargados)*, Marea, 2018, Buenos Aires.
- FEIERSTEIN, Daniel & SILVEYRA, Malena, "Genocidio o crímenes de lesa humanidad: el debate jurídico argentino como disputa por el sentido asignado al pasado", en *Revista Estudios de Derecho*, Vol. 77, N° 170 (2020), Antioquia, pp. 17-46, URL <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v77n170a01>
- FERREIRA, Marcelo, "El genocidio y su caracterización como 'eliminación parcial de grupo nacional'", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 8, 2012, Buenos Aires, ISSN 0034-7914, pp. 84-102.
- GORINI, Ulises, *La rebelión de las madres: Historia de la Madres de Plaza de Mayo*. Tomo I (1976-1983), Norma, 2006, Buenos Aires.
- , *La rebelión de las madres: Historia de la Madres de Plaza de Mayo*. Tomo II (1983-1986), Norma, 2006, Buenos Aires.
- HINTON, Alexander L., "Critical Genocide Studies", en *Genocide Studies and Prevention: an International Journal*, vol. 7, N° 1, Article 3, 2012 URL <https://digitalcommons.usf.edu/gsp/vol7/iss1/3>
- JONES, Adam, *Genocide. A Comprehensive Introduction*, 2ª. ed., Routledge, 2010, Abingdon and New York.
- LEMKIN, Raphael, *El dominio del eje en la Europa ocupada*, Prometeo y Eduntref, 2009, Buenos Aires.

- LOZADA, Martín, *Sobre el genocidio: el crimen fundamental*, Capital Intelectual, 2008, Buenos Aires.
- NINO, Carlos S., *Juicio al Mal Absoluto*, Ariel, 2006, Buenos Aires.
- O' DONNELL, Guillermo, "Transiciones, continuidades y algunas paradojas", en *Cuadernos Políticos*, N° 56, ene- abr 1989, México D.F., pp. 19-36.
- PORTANTIERO, Juan C. & NUN, José, *Ensayos sobre la transición democrática en Argentina*, Puntosur, 1987, Buenos Aires.
- SENESE, Salvatore, "Memoria y justicia. La sanción internacional de la violencia", en EIROA, Pablo D & OTERO, Juan M. (Compiladores), *Memoria y derecho penal*, Ed. Fabián J. Di Plácido, 2007, Buenos Aires.
- SILVEYRA, Malena, "Aproximaciones al concepto de genocidio desde una perspectiva marxista. Aportes para comprender el caso argentino", en *Conflicto Social. Revista Del Programa de Investigaciones Sobre Conflicto Social*, Vol. 11, N° 20, jul- dic 2018, Buenos Aires, ISSN 1852-2262, pp. 143-170.
- , "Disputas de sentido sobre el proceso genocida argentino en las sentencias judiciales (2006-2019)", Tesis de Doctorado, defendida el 08/07/2022, Universidad de Buenos Aires.
- , "Estado vs. Estado: 35 años de juzgamiento del genocidio argentino", en *Revista de Estudios sobre Genocidio*, Volumen 15, diciembre de 2020, Universidad Nacional de Tres de Febrero, pp. 42-62.
- SILVEYRA, Malena & THUS, Valeria (compiladoras), *Juzgar los crímenes de Estados a 15 años de la reapertura de los juicios en la Argentina*, Eudeba, 2022, Buenos Aires.
- SOZZO, Máximo, "'Traduttore, traditore' traducción, importación cultural e historia del presente de la criminología en América Latina", en *Reconstruyendo las criminologías críticas*, Ad-Hoc, 2006, Buenos Aires.
- THUS, Valeria, *Negacionismo y derecho penal: El rol del derecho frente a las negaciones de los crímenes de Estado*, Didot, 2020, Buenos Aires.
- , "Juicios de lesa humanidad en Argentina: el rol del movimiento de derechos humanos en la construcción de la Memoria y la Verdad
- THUS, Valeria & GONZÁLEZ STIER, Daniel, "Genocidio o crímenes de lesa humanidad en el caso argentino. A propósito del fallo de la Cámara Federal de Casación sobre el Juicio 'Fuerza de Tareas 5' del TOF 1 de La Plata", en *Revista Pensar en Derecho*, N° 21, diciembre de 2022, Eudeba, Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires, ISSN (versión electrónica): 2314-0194, pp. 85-115.

- Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy, “Vargas, Antonio Orlando y otros s/ privación ilegal de libertad, imposición de tortura, homicidio agravado por alevosía y por el concurso de dos o más personas”, 11/08/2014, Causa N° 76000073/2011.
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal de San Luis, Causa N° 1914-“F”-07-TOCFSL, caratulados: “F. s/ Av. Delito (Fiochetti, Graciela)” y sus acumulados Expte. 771-F-06 “Fiscal s/ Av. Inf. Art. 142 bis del Código Penal” (Pedro Valentín Ledesma); Expte. 864-F-06 “Fiscal s/ Av. Infr. Art. 142 bis del Código Penal” (Santana Alcaraz) y Expte. 859-F-06 “Fernández, Víctor Carlos denuncia apremios ilegales”, 12/03/2009
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Tucumán, Causa N° 03/08, 28/08/2008
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de la Capital Federal, “Automotores Orletti”, “Guillamondegui, Néstor Horacio y otros s/privación ilegal de la libertad agravada, imposición de tormentos y homicidio calificado”, 2011, Causa 1627.
- Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de La Plata, “Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/ homicidio calificado”, 26/09/2006, Causa N° 2251/2006.
- Tribunal Oral Federal de Paraná, “Céparo, Atilio Ricardo sobre inf. art. 144 bis en circ. art. 142 inc. 1, 2, 3, 5”, 08/10/2016, Causa N° FPA 13000001/2012/TO2
- Tribunal Oral Federal de Posadas, “Herrero, Carlos Omar s/Privación Ilegítima de la Libertad Agravada”, 2012, Causa N° 87/2010
- Tribunal Oral Federal- La Pampa, “IRIART, Fabio Carlos – GREPPI, Néstor Omar – CONSTANTINO, Roberto Esteban – FIORUCCI, Roberto Oscar – AGUILERA, Omar – CENIZO, Néstor Bonifacio – REINHART, Carlos Alberto – YORIO, Oscar – RETA, Athos – MARENCHINO, Hugo Roberto s/Inf.art.144 bis, inc.1° y último párr., Ley 14616, en fción. Art. 142, inc. 1° -Ley 20642 del CP en...”, 16/11/2010, Causa N° 8/10.
- Tribunal Oral Federal Mar del Plata, “Labolita Carlos Orlando y D’ Alesandro de Labolita Rosa s/ Querella - Las Flores”, 03/07/2009, Causa N° 30746
- Tribunal Oral Federal N°1 de Córdoba, “González Navarro, Jorge y otros p.ss.aa privación ilegítima de la libertad e imposición de tormentos agravados”, 15/05/2018, Expte. FCB 35022396/2012
- Tribunal Oral Federal N° 2 de Rosario, “NAST, Lucio César s/ Privación ilegal de la libertad agravada en concurso real con los delitos de

- tormentos calificados y asociación ilícita (Parcial Expte. N° 120/08)”, 10/10/ 2014, Causa N° FRO 85000124/2010  
Tribunal Oral Federal N° 5 de la Capital Federal, “ESMA II”, 26/10/201, Causa N° 1270
- VERBITSKY, Horacio, *Civiles y militares: memoria secreta de la transición*, Contrapunto, 1987, Buenos Aires.
- WOOLFORD, Andrew, “La nueva generación: criminología, estudios sobre el genocidio y colonialismo de los colonos”, en *Revista Crítica Penal y Poder*, N° 5, septiembre de 2013, número especial: “Redefiniendo la cuestión criminal: Crímenes de Estado, atrocidades masivas y daño social”, pp.138-162.
- ZAFFARONI, Eugenio R., *Crímenes de masa*, Ediciones Madres de Plaza de Mayo, 2010, Buenos Aires.
- , *Criminología: aproximación desde un margen*, Temis, 1998, Bogotá.
- , *La palabra de los muertos*. Ediar, 2011, Buenos Aires.
- , Presentación en MORRISON, Wayne, *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*, Anthropos, 2012, Barcelona.